

Revista Brasileira de Direito Civil

IBDCivil

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ISSN 2358-6974

Volume 2

Out / Dez 2014

Doutrina Nacional / Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho / Eroulths Cortiano Júnior / Guilherme Calmon Nogueira da Gama / João Gabriel Madeira Pontes / Pedro Henrique da Costa Teixeira / José Fernando Simão

Doutrina Estrangeira / Neil Andrews

Pareceres / Arnaldo Wald / Gustavo Tepedino

Atualidades / Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior

Resenha / Fabiano Pinto de Magalhães

Vídeos e Áudios / Gustavo Tepedino

SEÇÃO DE DOCTRINA: Doutrina Nacional

HÁ LIMITES PARA O PRINCÍPIO DA PLURALIDADE FAMILIAR NA APREENSÃO DE NOVAS FORMAS DE CONJUGALIDADE E DE PARENTESCO?

Are there limits to new family standards according to the principle of plurality?

José Fernando Simão

Professor Associado do Departamento de Direito Civil da Universidade de São Paulo
Largo de São Francisco. Livre-docente, Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo.
Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo, do Conselho Curador da ESA/SP e Conselheiro da Escola
Paulista de Advocacia - IASP, do IDCLB Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro, do BRASILCON
Instituto Brasileiro de Política e Defesa do Consumidor e do Conselho Editorial do jornal Carta Forense.
Membro do IBDFAM Instituto Brasileiro de Direito de Família e Diretor de Relações Institucionais do
IBDFAM/SP. Professor de Cursos Preparatórios para Concurso Público e Exame de Ordem e de
Especialização em várias Faculdades do Brasil. Advogado em São Paulo. Autor de obras jurídicas.

*“Qualquer maneira de amor vale a pena,
Qualquer maneira de amor vale amar”*

Paula e Bebeto, Milton Nascimento e Caetano Veloso

Resumo: O propósito deste estudo é investigar os tipos de família hoje admitidos no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, percorremos a evolução do conceito de família na história do direito brasileiro. Em maior ou menor grau, é nossa conclusão, o Direito impõe limites mínimos à definição do que seja família. Durante todo desenvolvimento deste conceito, um limite mínimo, opção do legislador, foi sempre observado: a monogamia. Com o advento das recentes revisões do conceito para abranger as famílias de pessoas do mesmo sexo, o direito apenas cria um conceito aberto de família que ainda se baseia na família monogâmica. No fenômeno das famílias simultâneas, por exemplo, o Direito ampara o companheiro de boa-fé e os filhos advindos da relação, mas não pode conferir à relação afetiva proteção jurídica. Nas uniões estáveis as mesmas restrições se seguem. Isto porque o direito brasileiro pune, civil e penalmente, a bigamia; atribuindo-lhe a mais alta repressão do nosso sistema legal.

Palavras-chave: Família no direito brasileiro; Casamento entre pessoas do mesmo sexo; Famílias simultâneas; Bigamia; Uniões estáveis plurais.

Abstract: The purpose of this study is to investigate the types of family currently recognized in the Brazilian legal system. In order to do so, we follow the evolution of the concept of family in the history of the Brazilian Law. In bigger or smaller degree, it is our conclusion, the Law imposes minimum limits to the definition of what could be called a family. During all of the development of this concept a minimum limit, an option taken by the legislators, it was always observed: the monogamy. Along with recent revisions of the concept in order to include families with couples of the same sex, the Law simply creates an open concept of family that is still founded by the monogamic family model. In the simultaneous families' phenomenon, for instance, the Law protects the consensual husband or wife in ignorance and its offspring, but it can not give its protection to the relationship itself. The same restrictions are followed in common-law marriages. This is due to the extreme civil and penal sanctions attributed by the Brazilian Law to bigamy.

Keywords: Family in the Brazilian Law; Same-sex marriage; Simultaneous families; Bigamy; Plural common-law marriages.

Sumário: 1. O debate: limitar ou não limitar, eis a questão! – 2. Notas sobre o casamento homoafetivo – 3. Algumas notas sobre a “transformação” do concubinato em união estável: autonomia privada e sua limitação – 4. Novas velhas formas de famílias.a) Famílias simultâneas ou paralelas – delimitação teórica. b) Família poligâmica – delimitação teórica – 5. Nota conclusiva

1. O debate: limitar ou não limitar, eis a questão!

Desde que Shakespeare, retratando os dilemas do jovem e atormentado Príncipe dinamarquês, Hamlet, cunhou a célebre frase “ser ou não, eis a questão!”; toda vez que se escreve sobre as “questões controversas” do direito de família na pós-modernidade a frase retorna com novos matizes.

Com o abandono do modelo unitário de formação de famílias em que o casamento gerava a família legítima, sendo as demais formas alijadas de qualquer regramento ou proteção, na atualidade o que se pergunta é exatamente o oposto: há algumas formas de constituição de família que prosseguem alijadas desta proteção?

A pergunta desafia o jurista e o homem comum e leva o cidadão a uma reflexão grandemente influenciada pela Resolução 175 do CNJ que, em 14 de maio de 2013, de maneira singela e objetiva, determinou a todos os registros civis que habilitassem os casais de mesmo sexo para o casamento civil.

Dispõe a Resolução em questão que:

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

A regra pôs fim a um impasse que durou quase dois anos, pois em maio de 2011, na decisão da ADPF 132/RJ e da ADI 4277¹, o Supremo Tribunal Federal admitiu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, com todos os efeitos da união estável heterossexual, mas a decisão se silenciou com relação ao casamento.

Com essa orientação do STF, com a posterior resolução do CNJ e a ocorrência de casamentos homoafetivos, a pergunta que o homem comum se faz (e que não deveria ser feita pelos juristas) é a seguinte: se atualmente pessoas do mesmo sexo podem se casar, o sistema adotou a total liberdade para o casamento em proteção às minorias? Viveríamos hoje um sistema em que todo e qualquer modelo de família passa a ser aceito em razão da inexistência de um rol taxativo de famílias no art. 226 da Constituição Federal?

As perguntas se sucedem. Seria constitucional limitar os modelos de família juridicamente protegidos ou qualquer limitação fere a dignidade da pessoa humana e sua liberdade de escolhas? A essas indagações outras se somam.

O afeto é um valor jurídico e essa afirmação não admite questionamento. É elemento que, se presente, gera parentesco independentemente dos vínculos consanguíneos. Nesse sentido, afirma Ricardo Lucas Calderón que no Século XXI tornou-se perceptível como a afetividade passou a figurar de forma central nos vínculos familiares, não em substituição aos critérios biológicos ou matrimoniais (que persistem com inegável importância), mas ao lado deles se apresentou como relevante uma ligação afetiva.²

Em se admitindo que o afeto é um valor jurídico, e isso hoje não se discute, a questão que se coloca é se este valor necessariamente é elemento criador de parentalidade ou de conjugalidade e, em caso positivo, se o direito posto poderá limitar os efeitos jurídicos de relações permeadas pelo afeto. Limitar os efeitos do afeto fere a dignidade da pessoa humana?

¹ Decisão esta vinculante e com efeito *erga omnes*.

² CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 205.

A resposta “depende do caso concreto” não é jurídica. Se é conveniente para muitos temas, em Direito Civil, representa o fracasso do jurista na construção de categorias jurídicas que se propõem sérias. É a fuga da construção de um direito como ciência para se voltar ao empirismo romano, superado há mais de um mil e quinhentos anos.

Com base nessas indagações, nessa verdadeira tirania dos princípios que reduz e empobrece o debate jurídico a afirmações pouco densas (v.g. fere a dignidade da pessoa humana qualquer limitação) que pretendemos construir a reflexão e responder a pergunta: há limites para o princípio da pluralidade familiar na apreensão de novas formas de conjugalidade e de parentesco?

2. Notas sobre o casamento homoafetivo

Algumas notas sobre o casamento homoafetivo se fazem necessárias, exatamente em razão do fato de ser este argumento utilizado por parte da doutrina para pregar que o direito não mais restringe o conceito de família como fazia no passado e que, portanto, toda e qualquer forma de família conta com a proteção jurídica.³

A decisão do STF de 2011 (ADPF 132/RJ e da ADI 4277) foi ponto fulcral no debate relativo aos direitos das minorias e respeito às liberdades de escolha. Tendo aquele Tribunal, a mais alta Corte, admitido que as uniões homoafetivas e heterossexuais produzem iguais efeitos, a admissão do casamento entre pessoas do mesmo sexo não passava de questão de tempo.

Assim, naquele mesmo ano de 2011, o STJ decidiu que era possível a habilitação de duas mulheres para o casamento. Esta decisão, um simples precedente e sem efeito vinculante, tomou por base os seguintes fundamentos abaixo transcritos⁴:

³ Exemplo do raciocínio simplista e tendencioso vem de entrevista da Tabela da Cidade de Tupã que lavrou uma escritura pública de união estável poligâmica (duas mulheres e um homem). Ponto alto da desinformação vem consubstanciada nas frases da própria Tabela “responsável” pela Escritura quando indagada em entrevista: “Caso um recurso de reconhecimento de uma família poliafetiva chegasse ao Supremo, qual seria uma provável decisão? Na minha experiência, tenho visto que, em casos parecidos, em primeira instância, a solicitação costuma ser negada, e, com recursos subsequentes, chega-se ao Supremo Tribunal Federal, que julgará a ação com um olhar constitucional. Foi o que aconteceu com as famílias homoafetivas. Mas é claro que a corte pode aprovar ou não a ação (<http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias>)”.

⁴ REsp 1183378/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 01/02/2012.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.

Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.

Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.

Note-se que os fundamentos para admissão do casamento de pessoa do mesmo sexo podem ser divididos em três.

O primeiro é que a Constituição não limita as formas de constituição de família como fazia o antigo Código Civil de 1916, logo, o artigo 226 apenas indica, exemplifica as formas de família protegidas pelas Constituição. Abole-se o sistema de exclusividade do casamento como forma de constituição de família para a adoção de um modelo plural.

O segundo argumento é a ausência de vedação expressa pelo Código Civil da possibilidade de casamento de pessoas do mesmo sexo. Essa noção implica que o intérprete se valha do antigo adágio pelo qual “se a lei não proíbe, não é dado ao intérprete proibir”. Se o preceito constitucional que, ao tratar da união estável, utiliza o vocábulo “entre o homem e a mulher”, foi interpretado como sendo exemplificativo, as regras do Código Civil que utilizam essa mesma locução devem seguir igual interpretação.

Nesse sentido, temos o artigo 1.517⁵. Já os artigos que tratam da habilitação mencionam “os nubentes”⁶ e não apenas o “homem e a mulher”, bem como os que se referem à celebração utilizam a expressão “contraentes”⁷⁸.

A fórmula do artigo 1535, por si só, não pode ser usada como impedimento para o casamento de pessoas do mesmo sexo⁹. A literalidade da fórmula, se confrontada com as demais disposições do Código Civil, que não proíbem o casamento homoafetivo, em interpretação sistemática, fica afastada.

O terceiro fundamento é a proteção das minorias. É função do Poder Judiciário proteger as minorias não obstante a omissão do Poder Legislativo. A ausência de lei que proteja a família homoafetiva não significa que o Poder Judiciário possa ignorá-la. É forte e precisa a frase do Ministro Luiz Felipe Salomão: “não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é “democrático” formalmente”. Se a liberdade garantida pela própria Constituição Federal quanto à orientação sexual não é apenas norma programática, vazia de alcance, a admissão do casamento homoafetivo é de rigor.

⁵Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.

⁶ “Art. 1.525. O requerimento de habilitação para o casamento será firmado por ambos os nubentes, de próprio punho, ou, a seu pedido, por procurador...”

⁷ “Art. 1.538. A celebração do casamento será imediatamente suspensa se algum dos contraentes”

⁸ “Art. 1.533. Celebrar-se-á o casamento, no dia, hora e lugar previamente designados pela autoridade que houver de presidir o ato, mediante petição dos contraentes, que se mostrem habilitados com a certidão do art. 1.531”

⁹“De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados.”

Os três fundamentos afastam qualquer dúvida quanto à desnecessidade de mudança do Código Civil ou criação de um Estatuto da Diversidade Sexual para se admitir o casamento homoafetivo que é uma realidade incontestada no Brasil¹⁰.

Pode-se mencionar que o casamento sofreu 4 grandes revoluções na história ocidental.

Com a proclamação da República em 1889, a separação entre Estado e Igreja se aprofunda de maneira indelével já que em um sistema monárquico há sempre uma aproximação entre estas entidades. Assim, a primeira revolução quanto ao instituto do casamento foi a ruptura com a Igreja Católica ocorrida por meio do Decreto 181 de 24 de maio de 1890 em que o casamento passa a ser monopólio do Estado, ou seja, laico perdendo o casamento religioso o *status* anterior de forma de constituição de família legítima, gerando simples união de fato, sem proteção jurídica.¹¹

A segunda revolução foi a admissão do divórcio como forma de extinção do vínculo matrimonial. Historicamente, no sistema das Ordenações Filipinas e do próprio

¹⁰ Em que pesem os esforços de alguns pouco versados em História para afirmar que na Grécia e na Roma Antiga havia proteção aos homossexuais, pois eram sociedades tolerantes, fato é que são afirmações vazias, pois carecem de fundamento sólido, mormente admitindo-se a variação temporal (o Império romano do ocidente durou quase 1.300 anos) e as peculiaridades locais (cada cidade-estado grega tinha regras próprias de convívio social). Se é que antes do Cristianismo a tolerância em razão da orientação sexual era maior, na sociedade romana a homossexualidade podia não ser motivo de perseguição, mas era abertamente motivo de chacota e críticas veementes. Suetônio narra que os modos efeminados de Julio Cesar (fim da Roma republicana) eram motivos de gracejo no Senado Romano e afirma, ainda que sua relação com o Rei Nicomedes da Bitínia era causa de mancha grave e duradoura que o expôs a ultrajes e reprovações. Dolabela, no Senado, o chamara de ‘rival da rainha, a prancha inferior da liteira real’ e Cúrio o denominava “a prostituta da Bitínia”. Cúrio, o pai, cunhou a frase que entraria para História: “o marido de todas as mulheres e a mulher de todos os maridos” (SUETÔNIO. *A Vida dos Doze Césares: A vida pública e privada dos maiores imperadores de Roma*. 2. ed. trad. por Sady-Garibaldi. São Paulo: Ediouro, 2002, fls. 34/60). Outro motivo de escândalo, agora na Roma imperial, foi o casamento do Imperador Nero com seu escravo *Sporus*. Suetônio afirma que Nero esforçou-se mesmo para transformar em mulher o jovem escravo, arrancou-lhe os testículos paramentou-o com os adornos de Imperatriz, cobrindo-o a cada passo de beijos. (op. cit., p. 365).

¹¹ Dois artigos do Decreto valem menção: “Art. 108. Esta lei começará a ter execução desde o dia 24 de maio de 1890, e desta data por diante só serão considerados válidos os casamentos celebrados no Brasil, si o forem de acordo com as suas disposições. Paragraphonico. Fica, em todo caso, salvo aos contrahentes observar, antes ou depois do casamento civil, as formalidades e ceremonias prescriptas para celebração do matrimonio pela religião deles” e “Art. 109. Da mesma data por diante todas as causas matrimoniaes ficarão competindo exclusivamente à jurisdição civil. As pendentes, porém, continuarão o seu curso regular, no fôreoclesiastico”.

Decreto 181 de 1890, o casamento válido só se dissolvia pela morte de um dos cônjuges.¹² É longa a trajetória que acaba por admitir o divórcio no Brasil o que só ocorre em 1977.¹³

A terceira revolução foi a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges que só adveio com a Constituição de 1988 que em seu artigo 226, parágrafo 5º, consagra: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”

A quarta e última foi a possibilidade de casamento de pessoas do mesmo sexo. Trata-se de efetiva, profunda e sem precedentes na história brasileira revolução no conceito de casamento, pois, desde os tempos romanos, Modestino¹⁴ já definia casamento como *maris et faeminaeconjunctio, consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio*, um consentimento do homem e da mulher, uma sociedade por toda vida, e uma comunicação de todos os direitos humanos e divinos¹⁵.

Assim como no Século XIX foi grande a estranheza da população que sempre considerou o casamento religioso como forma única de constituição de família e viu esta tradição milenar abandonada por força do Decreto 181¹⁶, no Século XXI o fim da dualidade de sexos como elemento essencial ao casamento causa perplexidade.

3. Algumas notas sobre a “transformação” do concubinato em união estável: autonomia privada e sua limitação

¹² Art. 93. O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos conjuges, e neste caso proceder-se-ha a respeito dos filhos e dos bens do casal na conformidade do direito civil.

¹³ Sobre o tema indicamos a leitura de nosso artigo SIMÃO, José Fernando. Tributo a Nelson Carneiro: Luta pelo Divórcio X Batalha do Divórcio. In: *O Novo Divórcio no Brasil*. FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão (Orgs.). Salvador: Editora Jus Podium, 2011.

¹⁴ Século III d.C.

¹⁵ HULOT, M. *La Clef des Lois Romaines*. Tomo II. Paris: Meltz, 1810, p. 41. A dualidade de sexos era tão evidente a palavra latina para casamento, *matrimonium*, significava que a conjunção tinha por efeitos que a esposa se torna mãe (*mater*) (op. cit., p. 40). Casar com uma mulher era convidá-la para tornar-se mãe. Este era seu título mesmo antes de ter filhos (Amor em Roma, Pierre Grimal, p.61).

¹⁶ Escreve Paulo de Lacerda que foi abandonada uma tradição secular do povo brasileiro que via no matrimônio um sacramento instituído pelo fundador da Igreja cristã e regulado na sua última fase pelos cânones do Concílio Tridentino (*De Sacramento Matrimonii*) e pelas Constituições primeiras do Arcebispado da Bahia (Manual do Código Civil, p. 9). Explica Lafayette Rodrigues Pereira, que o cristianismo, desde sua fundação, chamou o casamento para si e o elevou à dignidade de sacramento, daí os esforços constantes da Igreja Católica de subtraí-lo da ação do poder temporal (Direitos de Família, p. 31).

É longa a evolução para se admitir a união estável como forma de constituição de família. Isso porque a união estável, no início do século, sequer era assim denominada, pois a família informal, à época dita ilegítima, era chamada de concubinária.

É no concubinato que encontramos a origem das famílias informais. A etimologia do termo concubinato merece análise. Explica o Álvaro Villaça Azevedo que concubinato deriva do vocábulo latino *concupinatus, us*, mancebia, amasiamento. A origem está, ainda, em *concumbo, is* (derivado do grego) que significa dormir com outra pessoa, copular, ter relação carnal, estar na cama.¹⁷

No Livro Quarto das Ordenações, Título LXVI, proíbe-se a doação ou venda feita por homem casado a sua barregã. O texto afirma que “se algum homem casado der a sua barregã alguma cousa móvel ou de raiz, ou a qualquer outra mulher, com quem tenha carnal afeição, sua mulher poderá revogar e haver para si a cousa, que assim foi dada”.¹⁸

Em compilação interessante e que retrata a diversidade linguística brasileira, Euclides de Oliveira diz que concubina também é chamada de amante, amásia, amiga, arranjo, barregã¹⁹, camarada, caseira, china, comborça, espingarda, fêmea, gato, manceba, moça, murixaba, puxavante, rapariga e sexta-feira. Nas obras espetaculares de Jorge Amado, percebe-se o termo teúda e manteúda cujas origens remontam as Ordenações Filipinas. Benedito Silvério dos Reis²⁰ anota, ainda, o uso popular do termo amancebada, cuja origem etimológica é a palavra latina *mancipium*, que significa dizer escravo (criado de servir).

¹⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da Família de Fato*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002., p.186.

¹⁸ Em seus comentários, Cândido Mendes de Almeida diz que se trata de mulher amancebada e que, antigamente, na Espanha, era mulher legítima que por ser desigual em nobreza não gozava de direitos e foros do marido. Em outras partes da Europa é mulher da mão (manca) esquerda, ou porque o marido dava essa mão ao se casar ou porque a trazia a sua esquerda, lugar menos honroso. Citando Viterbo no Elucidário, Cândido Mendes de Almeida diz que barregã ou concubina é a mulher que procura filhos, ou faz diligência para isso, fora do santo matrimônio. Os filhos assim gerados são chamados de filhos de *Guança, Gança* ou *Ganhadia*, como espúrios ou ilegítimos (2004:871)

¹⁹ Explica Benedito Silvério, em correspondência ao autor, que o termo “barregana” vem do árabe *barrakan*, que é uma fazenda espessa e, portanto, barregão significa algo forte, resistente como o tecido. Fala-se, ainda em um termo latino *pellacana*, do grego *pellakê*, prostituta.

²⁰ A explicação veio em correspondência ao autor datada de 2008.

Nota-se, pela origem e pelas acepções, que o termo para designar a mulher que não é casada ou a união de pessoas não casadas é sempre algo permeado de conotação sexual, com um viés de forte preconceito.

Nesta esteira, identificava o Código Civil de 1916 a concubina como a amante do homem casado e os artigos que a mencionavam o faziam para vedar doações ou herança.²¹

Desta forma, não se reconhecia a possibilidade de uma pessoa solteira viver com outra, também solteira, e que tal união contasse com proteção jurídica. Ademais, conceder direito às famílias ditas ilegítimas seria desprestigiar a instituição do casamento.

A noção de moral e de direito acabavam por se misturar. Assim, negavam-se direitos aos concubinos sob o fundamento de se tratar de um ato imoral, que não pode ser protegido e nem dele decorrer vantagens²².

Por meio de um longo processo histórico de aceitação do diferente, a categoria jurídica da união estável foi sendo delineada. Passo importante foi o conceito de concubinato puro e a contribuição de Edgard de Moura Bittencourt.²³

A união estável, por fim, conta com a proteção constitucional (art. 226, parágrafo 3º) e é então definida como união pública, contínua e duradoura com o objetivo de constituir família (art. 3º da Lei 9278/96 e 1.723 do Código Civil).

O texto do Código Civil é claro ao afastar da noção de união estável a união entre pessoas impedidas de se casar. Isso se dá por meio do disposto no parágrafo primeiro do art. 1.723 (§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente) e no art. 1.727 (As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato).

²¹ “Art.248. A mulher casada pode livremente:

IV - Reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo marido à **concubina** (art. 1.177).”

“Art. 1.177. A doação do cônjuge adúltero ao seu **cúmplice** pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até 2 (dois) anos depois de dissolvida a sociedade conjugal (arts. 178, § 7º, VI, e 248, IV).

Art. 1.719. Não podem também ser nomeados herdeiros, nem legatários:

III- a **concubina** do testador casado”.

²² RT 165/694.

²³ BITTENCOURT, Edgard de Moura. *O Concubinato no Direito*. São Paulo: Alba Limitada, 1961.

As relações concubinárias (antigo concubinato impuro) são afastadas de qualquer proteção em termos de direito de família. Seria uma afronta a dignidade da pessoa humana afastar da proteção do direito as pessoas impedidas de se casar e que vivem como se casadas fossem?

Uma premissa serve como partida à reflexão.

O sistema é monogâmico por opção do legislador. Não se trata de admitir ou proibir que uma pessoa possa ter mais de uma família simultaneamente. Trata-se de restringir a autonomia privada negando efeitos jurídicos às famílias paralelas ou ploligâmicas. Explico. É direito da pessoa compor seu núcleo familiar como lhe aprouver.²⁴

Cabe ao Direito, então, optar por regulamentar ou não os efeitos jurídicos que tais famílias receberão. Não, a autonomia privada não pode tudo em um sistema como o concebido no Brasil em que é alto o grau de intervenção do Estado sobre a liberdade individual. Não há nenhuma ofensa à dignidade humana a imposição de um mínimo restritivo.

Assim como o Estado intervém, sem grande assombro ou resistência da doutrina (ou de parte dela), no conteúdo e efeito dos contratos (a função social é sistematicamente utilizada de maneira atécnica para legitimar ou fazer desaparecer a autonomia privada), o Estado intervém nas regras aplicáveis às diversas formas de composição de família.

Não se trata mais de tipificar a família, como fazia o revogado Código Civil, impondo um modelo unitário, qual seja, a família é legítima se decorrer do casamento. O sistema é aberto e as formas de família são diversas em sua formação. Para algumas o direito confere efeitos jurídicos, para outras não.

Então o que mudou entre a forma antiga e a atual de se reconhecer direitos à certa modalidade de família? A mudança é a seguinte. Antes, apenas o casamento formava a família que recebia proteção do Estado. Hoje, todas as formas de família, desde que não expressamente excluídas, recebem a proteção do Estado. Antes havia um modelo unitário, hoje o modelo é plural, aberto, respeitados mínimos impostos pelo Direito, mínimos estes que contém os valores inspiradores e subjacentes ao próprio Direito de Família.

²⁴ A premissa da afirmação é que a relação se estabelece, por livre e espontânea vontade, entre pessoas maiores e capazes.

Efetivamente é possível responder o que se pergunta no início dessas reflexões: a lei estabelece o mínimo para excluir os efeitos jurídicos decorrentes do direito de família a certas famílias.

É por isso que a família decorrente do incesto não conta com proteção legal.

O conceito de dignidade humana não implica a chancela do Direito a todas as opções do ser humano, sejam elas na seara obrigacional, na seara do ilícito ou na seara familiar.

Fixada esta premissa, podemos aplicar a tese a duas situações distintas.

4. Novas velhas formas de famílias

a) Famílias simultâneas ou paralelas – delimitação teórica

Famílias simultâneas é o termo cunhado pela doutrina para indicar uma situação em que uma pessoa, não necessariamente o homem, convive com outra pessoa, não necessariamente uma mulher, em dois núcleos distintos e simultâneos.

É o caso clássico da literatura em que um homem que muito viaja tem dois núcleos familiares distintos em localidades distintas.

Para a delimitação teórica é importante compreender que a pessoa tem dois núcleos distintos em que todos os membros componentes destes núcleos não residem sob o mesmo o teto. Seguem exemplos que utilizam o homem como centro da vida familiar simultânea apenas pelo fato de serem estes os casos trazidos a julgamento e que serão discutidos a seguir.

a) Homem que é casado com determinada mulher em Salvador, migra para o Rio de Janeiro e se casa com outra mulher, pois em sua certidão de nascimento não fora anotado o casamento anterior;

b) Homem que é casado com uma mulher em São Paulo e, em Porto Alegre, convive com outra mulher de maneira pública, contínua e duradoura;

c) Homem que, na mesma cidade, tem duas casas e em uma mora com sua esposa e filhos, mas, também, passa parte do dia ou da noite na casa de outra mulher com quem tem filhos;

d) Homem casado que mora com sua mulher, mas tem relação afetiva e sexual com outro homem com quem convive de maneira pública, contínua e duradoura.

Não tenho dúvidas em afirmar que em todos os exemplos o homem tem duas famílias. Também não tenho dúvidas em afirmar que a proteção constitucional dos filhos implica igualdade de todos, independentemente de sua origem e todos os filhos terão a ampla e integral proteção que o Direito lhes confere.

Contudo, com relação às pessoas maiores e capazes que mantêm uma relação de afeto, com comunhão de vida, seja essa relação hétero ou homoafetiva, o Direito de Família, em tese, não tem qualquer aplicação, pois se trata de concubinato expressamente excluído das formas de criação de família.

A relação entre concubinos será regida pelo Direito das Obrigações, ou seja, mediante prova do esforço comum o patrimônio adquirido por um dos concubinos poderá ser partilhado²⁵.

Contudo, o direito tempera a regra do art. 1727 com o princípio da boa-fé²⁶. Essa solução não é nova para o Direito de Família. É historicamente adotada para a hipótese de casamento inválido que produz efeitos ao cônjuge de boa-fé. É a putatividade que o Direito de Família adota como forma de não punir aquele que desconhecia o vício ou a mácula que inquinava o próprio casamento.

A ignorância ou desconhecimento do fato (portanto a situação é efetivamente de boa-fé subjetiva) garante a concessão dos efeitos do casamento válido. Quem agiu de má-fé não tem a mesma sorte²⁷: o casamento não produz efeitos para ele.

A boa-fé é princípio caro ao Direito e em especial ao Direito Civil. Em todos os exemplos que indicamos acima, o homem sabia ter dois núcleos familiares e as outras pessoas com quem convivia desconheciam tal fato. A boa-fé gera efeitos jurídicos claros: possibilidade de manutenção do sobrenome do outro cônjuge, direito a alimentos nos termos do binômio possibilidade/necessidade e se o regime de bens permitir, direito de meação sobre os bens do outro cônjuge.

²⁵ É a aplicação da velha Súmula 380 do STF que, em seus primórdios, era aplicada para o concubinato puro (atualmente união estável). Hoje, sua aplicação se restringe a pessoas que não constituem família, ou seja, àqueles impedidos de se casar nos termos do art. 1727 do Código Civil.

²⁶ Daí utilizo a locução “em tese” no parágrafo acima.

²⁷ Com sentido de destino.

Contudo, se a pessoa tiver conhecimento de que o homem com quem convive mantém outra relação simultânea, ou seja, é casada com outro homem ou outra mulher e, tendo conhecimento deste fato, com ele convive, em razão da má-fé nenhum direito terá. É uma relação familiar concubinária excluída pela lei dos efeitos do Direito de Família.

Foi exatamente o que decidiu o STF na famosa questão ocorrida na Bahia em que determinado sujeito que tinha duas uniões concomitantes em que ambas a esposa e a ‘companheira’ requeriam pensão do falecido. O interessante do caso em julgamento é que o falecido nunca se separou de fato de esposa. Assim era casado de fato e de direito e com a esposa tinha 11 filhos; mas mantinha relação duradoura de 37 anos com outra mulher da qual nasceram 9 filhos (RE 397.762-8/BA, j. 03/06/2008).

O Relator Ministro Marco Aurélio Mello assim fundamenta seu voto que prevaleceu no caso em questão:

“É certo que o atual Código Civil, versa, ao contrário do anterior, de 1916, sobre a união estável, realidade a consubstanciar o núcleo familiar. Entretanto, na previsão, está excepcionada a proteção do Estado quando existente impedimento para o casamento relativamente aos integrantes da união, sendo que se um deles é casado, o estado civil deixa de ser óbice quando verificada a separação de fato. A regra é fruto do texto constitucional e, portanto, não se pode olvidar que, ao falecer, o varão encontrava-se na chefia da família oficial, vivendo com a esposa. O que se percebe é que houve envolvimento forte (...) projetado no tempo – 37 anos – dele surgindo prole numerosa - 9 filhos – mas que não surte efeitos jurídicos ante a ilegitimidade, ante o fato de o companheiro ter mantido casamento, com quem contraíra núpcias e tivera 11 filhos. Abandone-se a tentação de implementar o que poderia ser tido como uma justiça salomônica, porquanto a segurança jurídica pressupõe respeito às balizas legais, à obediência irrestrita às balizas constitucionais. No caso, vislumbrou-se união estável, quando na verdade, verificado simples concubinato, conforme pedagogicamente previsto no art. 1.727 do CC”.

É exatamente a aplicação do “mínimo” restritivo que defendo, respeitando a decisão de legislador de não dar os efeitos do direito de família a certas relações pessoais afetivas.

A monogamia é um valor jurídico, uma baliza mínima na construção da família que recebe os efeitos do Direito de Família.

Então vem a pergunta: mas se o direito brasileiro reconhece a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo, porque não conceder os efeitos e proteção do Direito de Família às famílias simultâneas?

A questão será abordada nas conclusões do presente artigo.

b) Família poligâmica – delimitação teórica

O prefixo “poli” tem origem no grego *polús*, *polle* e significa numeroso. Opõem-se a ao prefixo “mono” que significa único, um apenas. Poligamia é a união conjugal de uma pessoa com várias outras. É gênero que contém duas espécies: poliginia quando um homem se casa com mais de uma mulher ou poliandria quando uma mulher se casa com mais de um homem²⁸.

A definição dos termos não acompanha a realidade jurídica. Sendo o casamento homoafetivo presente como realidade social, podemos imaginar um homem que se casa com vários homens e uma mulher que se casa com várias mulheres, bem como um homem que se casa com um homem e uma mulher ou uma mulher que se casa com um homem e uma mulher.

A caracterização da poligamia, como forma de delimitação e diferenciação da família paralela ou simultânea, é que todos vivem sob o mesmo teto. É o caso do homem que professa a fé islâmica e, segundo permissão do Alcorão, poderá ter até 4 mulheres, desde que trate todas com igualdade.²⁹

A família poligâmica recebe a proteção jurídica do Direito de Família? A resposta também é negativa. A monogamia é um valor socialmente consolidado, historicamente construído e legalmente disciplinado.

Em termos jurídicos, temos duas regras que aniquilam qualquer possibilidade de se admitir a bigamia no sistema jurídico brasileiro, uma de ordem civil e outra criminal.

²⁸ Essa é a definição vernacular segundo o Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa.

²⁹ “... podereis desposar duas, três ou quatro das que vos aprouver, entre as mulheres. Mas, se temerdes não poder ser equitativos para com elas, casai, então, com uma só.” (Alcorão 4:3) in <http://www.islamreligion.com/pt/articles/325/> (acesso em 2 de setembro de 2014)

A primeira está no Código Civil que prevê a mais dura sanção reconhecida pelo ordenamento em ocorrendo o casamento bigamo: a nulidade absoluta (arts. 1521, VI e 1548 do CC).

Se é verdade que o Direito Penal não mais reconhece no sistema brasileiro a pena de morte ou açoite, e se não há mais tribunais do Santo Ofício, nem por isso o crime de bigamia deixa de ser tipificado. Assim, o Código Penal brasileiro prevê em seu artigo 235 que é crime contrair novo casamento, sendo casado e a pena é de reclusão de 2 a 6 anos.

Nas palavras de Pedro Lazarini, “busca-se com essa previsão tutelar a instituição do casamento e a organização familiar que dele decorre, estrutura fundamental do Estado, que são colocados em risco com as novas núpcias”³⁰.

A pergunta que se segue é: se a pessoa não pode se casar com duas pessoas simultaneamente em razão da vedação à poligamia, há algum impedimento para que três pessoas convivam simultaneamente em união estável?

Poder-se-ia argumentar de maneira pueril que uma escritura de “união estável” com três ou mais pessoas não cria poligamia, porque não há casamento, mas simples união estável. Em termos jurídicos, a interpretação que esse argumento dá ao Código Penal e Civil seria a literal. O que se deve fazer é dar uma interpretação teleológica.

O sistema não concebe, com base em um valor secular, a possibilidade de dupla união como forma de constituição de família. Se sempre existiram famílias poligâmicas e isso não se nega, nunca o sistema jurídico brasileiro as admitiu. Muito menos sob a forma de união estável, que como forma de constituição de família, conta com a proteção da Constituição (art. 226, par. 3º).

A monogamia é um limite mínimo trazido pelo ordenamento para afastar do Direito de Família, certas relações afetivas. Poder-se-ia argumentar que a monogamia não está entre os elementos necessários à configuração da união estável. Logo, a união estável plural não encontraria óbice legal, não estaria abarcada pelo limite do mínimo.

Neste ponto, merece nota o fundamento dado pelo STJ quanto à questão:

Com efeito, uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade – que integra o conceito de lealdade e

³⁰ Código Penal Comentado, 4ª Ed., Primeira Impressão, 2010, p. 973.

respeito mútuo – para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descuidar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade.³¹

A lealdade como dever decorrente da união estável (art. 1724 do CC) e a fidelidade como dever do casamento (art. 1566 do CC) são óbices para o reconhecimento de uniões poligâmicas para fins do direito de família. Não se trata, aqui, de confundir os planos da existência e da eficácia. Se é verdade que os deveres estão no plano da eficácia e que a deslealdade não faz com que o casamento ou a união estável deixem de existir, há um impeditivo ético do qual o direito de socorre para fazer da monogamia um valor incontestado.

O argumento se repete. A lei indica um mínimo que obsta o reconhecimento dos efeitos do direito de família às situações de poligamia ou uniões simultâneas de três ou mais pessoas.

Novamente surge a questão. Se o direito brasileiro reconhece a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo, porque não conceder os efeitos e proteção do Direito de Família às famílias poligâmicas?

5. Nota conclusiva

A dignidade humana como princípio se transformou em lugar comum, virou nota de rodapé em toda e qualquer decisão judicial que se pretenda atual ou cujos julgadores tenham a possibilidade de reforma.

O problema da vulgarização de um princípio tão caro ao Direito é que sua invocação em questões banais, corriqueiras, que nenhuma relação guardam com a pessoa humana, ou com sua dignidade, é que se transforma em vazio axiológico, perdendo todo e qualquer significado.³²

³¹REsp 1348458/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/05/2014, DJe 25/06/2014.

³² O Ato Institucional n. 5, um dos maiores atentados contra a liberdade e uma das maiores violações aos direitos humanos, em seu preâmbulo, invoca a dignidade da pessoa humana: “CONSIDERANDO que a Revolução brasileira de 31 de março de 1964 teve, conforme decorre dos Atos com os quais se institucionalizou, fundamentos e propósitos que visavam a dar ao País um regime que, **atendendo às exigências de um sistema jurídico e político, assegurasse autêntica ordem democrática, baseada na liberdade, no respeito à dignidade da pessoa humana**, no combate à subversão e às ideologias contrárias às tradições de nosso povo, na luta contra a corrupção, buscando, deste modo, ‘os meios indispensáveis à obra

Aplicar o princípio para se admitir uma absoluta possibilidade de criação de modelos familiares e que o Direito de Família deve, necessariamente, protegê-las é algo tão anacrônico quanto se sustentar, hoje, que o Estado, por meio dos princípios sociais, não pode intervir no conteúdo do contrato. Essa opção de parte minoritária da doutrina revela um saudosismo sepultado com o Século XIX em que a vontade era expoente máximo e intocável da criação de relações jurídicas.

Assim, apesar de o direito brasileiro admitir as famílias homoafetivas, quer tenham origem no casamento, quer na união estável, como modelos juridicamente protegidos e merecedores da mais ampla proteção e tutela, as famílias poligâmicas e simultâneas não podem contar com qualquer proteção (ressalvada a boa-fé dos participantes, bem como a integral proteção dos filhos, por óbvio).

O primeiro argumento aplicado às famílias homoafetivas é que a Constituição não limita as formas de constituição de família como fazia o antigo Código Civil de 1916, logo, o artigo 226 apenas indica, exemplifica as formas de família protegidas pelas Constituição. E isso significa que toda e qualquer família seja merecedora da proteção do direito de família? A resposta é negativa. Se a lei limitar a noção de família, a Constituição Federal não proíbe que o faça. Não há uma regra geral pela qual qualquer forma de família decorrente da autonomia privada deva ser necessariamente protegida pelo Direito.

O segundo argumento, a ausência de vedação expressa pelo Código Civil quanto à possibilidade de casamento de pessoas do mesmo sexo, não ocorre com relação às famílias poligâmicas e simultâneas.

A vedação se dá na seara civil e penal. A sanção de nulidade aplicada ao casamento poligâmico, o crime tipificado, o dever de lealdade e fidelidade e a exclusão do concubinato como modelo familiar bastam para afirmar que não há proteção aos maiores e capazes que optam por tais formas de família, à luz do Direito de Família.

O terceiro fundamento aplicado às famílias homoafetivas é a proteção das minorias é função do Poder Judiciário proteger as minorias não obstante a omissão do Poder Legislativo, ou seja, a ausência de lei que proteja a família homoafetiva não significa que o Poder Judiciário possa ignorá-la. Não é isso que ocorre com relação aos núcleos poligâmicos

de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direito e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa pátria.”

e simultâneos. Se são igualmente minoritários, não há qualquer omissão do Poder Legislativo quanto a tais núcleos. Há uma vedação explícita à poligamia e a monogamia é eleita pelo legislador como um valor.

A admissão às famílias simultâneas e poligâmicas é, naturalmente, a admissão, também, às famílias incestuosas, já que a vedação a todas elas se encontra no mesmo dispositivo legal: art. 1.521 do CC.

A conclusão que chego é a seguinte: a manutenção de uma baliza mínima, longe de ser inconstitucional ou ferir a dignidade humana, é salutar ao sistema. Se tudo fosse admitido haveria um esvaziamento natural do instituto. O “não” que faz parte do processo de amadurecimento da pessoa humana, que muitas vezes tem dificuldade de aceitá-lo, também permeia o ordenamento e faz parte do amadurecimento social.

Mudando a lei, alterando-se as balizas, o modelo familiar juridicamente protegido pode ser ampliado, estendido³³.

Em conclusão, os afetos são ilimitados, mas aqueles que contam com a proteção jurídica o são e sempre serão. Se toda a forma de amor vale a pena (e vale), se qualquer forma de amor vale amar, com elas o direito pode não se preocupar, respeitando a autonomia privada, mas deixando de fora do alcance das normas do direito de família relações que ultrapassem os limites mínimos impostos ou determinados por lei.

“As pessoas crêem perseguir estrelas e acabam como peixes vermelhos em um aquário. Fico pensando se não seria mais fácil ensinar desde logo às crianças que a vida é absurda! Isso privaria a infância de uns bons momentos, mas faria o adulto ganhar um tempo considerável”. A elegância do Ouriço, Muriel Barbery.

Recebido em 08/09/2014

1º parecer em 12/09/2014

2º parecer em 18/11/2014

³³ É isso que fará o Estatuto das Famílias (Projeto de Lei do Senado 470 de 2013) em sendo aprovado: “Art. 14. As pessoas integrantes da entidade familiar têm o dever recíproco de assistência, amparo material e moral, sendo obrigadas a concorrer, na proporção de suas condições financeiras e econômicas, para a manutenção da família. Parágrafo único. A pessoa casada, ou que viva em união estável, e que constitua relacionamento familiar paralelo com outra pessoa, é responsável pelos mesmos deveres referidos neste artigo, e, se for o caso, por danos materiais e morais”.